

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: UNA MIRADA ACTUAL

Double tax treaties: exchange of information today

JOSÉ MARÍA NICOLA ALBANELL*

ABSTRACT: El presente trabajo analiza la situación actual del intercambio de información a través de los Convenios para evitar la Doble Imposición y los Acuerdos de Intercambio de Información. Jurisprudencia reciente ha puesto nuevamente arriba de la mesa cuestiones relativas a los requisitos que deben ser cumplidos tanto por el Estado extranjero como por la Administración para el levantamiento del Secreto Bancario. Se analiza el Modelo de Convenio de la OCDE, el procedimiento previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083 y también cuestiones relativas al Secreto Bancario y su titularidad.

PALABRAS CLAVE: Secreto Bancario. Levantamiento. Convenio para evitar la Doble Imposición. Intercambio.

KEY WORDS: Bank Secrecy. Disclosure. Double Tax Treaty. Exchange of Information.

1. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo analizaremos la situación actual del intercambio de información a través de los Convenios para Evitar la Doble Imposición o de los Acuerdos de Intercambio de Información que Uruguay ha suscrito en los últimos años¹. En particular, analizaremos la jurisprudencia reciente, a los efectos de determinar cuáles son los requisitos que deben ser cumplidos por parte de un Estado extranjero y también por parte de la Dirección General Impositiva (“**DGI**”) para que proceda el intercambio de información. Para ello, haremos enfoque en la titularidad del secreto bancario que se pretende levantar.

* Doctor en Derecho egresado de la Universidad de Montevideo. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Integrante del Departamento Corporativo & Bancario de Guyer & Regules. Correo electrónico: jnicola@guyer.com.uy

1 A la fecha de publicación del presente trabajo, Uruguay tiene suscritos 36 convenios internacionales en los cuales se prevé el intercambio de información, ya sea mediante un Acuerdo de Intercambio de Información o mediante el intercambio a través de un Convenio para Evitar la Doble Imposición. Uruguay ha suscrito acuerdos con Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados de Guernesey, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Groenlandia, Hungría, India, Islandia, Islas Feroe, Liechtenstein, Malta, México, Noruega, Portugal, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Vietnam. Puede accederse a cada uno de estos tratados en: <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2.principal,ConveniosInternacionales,O.es,0>. El camino transitado por Uruguay para llegar a la celebración de estos acuerdos puede verse perfectamente relatado en Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 197-198 y también en Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 940 y ss.

Se trata de un tema que ha sido desatendido en el último tiempo, sobretodo teniendo en cuenta que el 1 de junio de 2016 Uruguay suscribió la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, la cual prevé el intercambio automático de información sobre cuentas financieras ("*Common Reporting Standard*") entre los Estados contratantes². Dicho intercambio automático fue implementado a través de la Ley 19.484 y su Decreto 77/017, estableciendo que los sujetos obligados bajo la mencionada ley deben reportar a la DGI información sobre las cuentas financieras que administren. Posteriormente, la DGI realizará el intercambio de información con los Estados contratantes en el año 2018.

Sin embargo, la información que será reportada a la DGI será la información al 31 de diciembre de 2017. Ello ha provocado que el intercambio de información a través de los Convenios par Evitar la Doble Imposición y de los Acuerdos de Intercambio de Información vuelva a cobrar relevancia, en virtud de que existen una gran cantidad de períodos que no se encuentran comprendidos en el intercambio de información automático previsto en la Convención Multilateral, pero que muchos fiscos de otros Estados se encuentran interesados en investigar y fiscalizar. Por lo anterior, ha habido en los últimos años interesantes desarrollos jurisprudenciales sobre el intercambio de información, los cuales serán analizados en el presente trabajo.

Dicho análisis se centrará en el procedimiento previsto en el artículo 54 de la Ley de Reforma Tributaria 18.083 y los requisitos necesarios para que el intercambio de información opere, tanto desde el punto de vista nacional como internacional.

2. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LOS CONVENIOS Y EN EL ORDEN INTERNO URUGUAYO.

2.1 El Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición.

El Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición propuesto por la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico³ (la "OCDE") prevé en su artículo 26 el intercambio de información entre los Estados contratantes. Dicho intercambio constituye una herramienta que no es propiamente una medida tendiente a evitar la doble imposición de los contribuyentes de los Estados contratantes, pero que de todas formas es sugerida por la OCDE para el mejor cumplimiento de los fines previstos en los tratados. Como sugiere ALBACETE, el Modelo de la OCDE no solo busca evitar la doble imposición, sino también evitar la discriminación y la evasión fiscal internacional⁴, fiscalizando las obligaciones tributarias a través del intercambio de información.

Además, según CALDERÓN CARRERO, sería imposible que funcione el criterio de

2 La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal fue aprobada por la Ley 19.428 publicada en el Diario Oficial el 15 de setiembre de 2016.

3 La Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico es un organismo internacional que tiene por cometido organizar las políticas económicas y sociales de sus Estados miembros. Puede obtenerse más información en: <https://www.oecd.org>.

4 Albacete, Juan Manuel, "*Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)*", Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 201.

la renta mundial sin que exista algún tipo de control como lo es el intercambio de información⁵. Ello porque, de no existir el intercambio de información, sería prácticamente imposible para un Estado saber si un contribuyente posee rentas o activos en otro Estado, rentas o activos por los cuales debería tributar en el primer Estado.

El artículo 26 del modelo establece:

“1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en la misma no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tribu-

5 Calderón Carrero, José Manuel, “La Cláusula de Intercambio de Información Articulada en los Convenios de Doble Imposición”, Fiscalidad Internacional, coord. Serrano Antón, Fernando, Centro de Estudios Financieros, 3ra Edición, Madrid, 2007, pág. 1153.

tarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona”.

De éste artículo se desprenden varios puntos importantes que merecen ser mencionados. En primer lugar, respecto del alcance del intercambio de información, surge del numeral 1 que la información que se podrá intercambiar será la “previsiblemente pertinente” y relativa a los “los impuestos de toda clase y naturaleza” y no solamente respecto de impuestos a la renta y patrimonio. Sin embargo, dada la sensibilidad y protección que tiene la información intercambiada, entendemos que permitir que la información que pueda ser solicitada sea la previsiblemente pertinente no otorga un estándar de seguridad jurídica suficiente. En efecto, establecer que cierta información es previsiblemente pertinente para los intereses de un Estado no ofrece posibilidad alguna, ni adecuadas herramientas, de defensa a un contribuyente que entiende que el intercambio no es procedente. En el Comentario de la OCDE al Modelo Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio se establece que se busca que el intercambio sea el más amplio posible, pero que al mismo tiempo busca precisar cuál es la información que los Estados pueden solicitar⁶. Entendemos que el estándar de “pertinencia previsible” no logra los objetivos mencionados por el Comentario y que constituye una puerta de entrada para expediciones de pesca por parte de los Estados extranjeros. Siguiendo a ALBACETE⁷ y ERMOGLIO⁸, parece razonable que los Estados opten por modificar dicho estándar, indicando que la información que puede ser solicitada es la “necesaria”⁹.

En segundo lugar, el numeral 3 del artículo modelo deja en claro cuáles son los límites que tiene el pedido de información que puede ser realizado por un Estado extranjero y también por Uruguay. Surge que el límite impuesto por este numeral es doble, ya que toma en cuenta tanto la legislación del Estado requirente como la del Estado requerido. En este sentido, Uruguay podría negarse a un pedido de información si bajo su legislación ello implica una práctica prohibida, pero también si dicha práctica se encuentra prohibida en la legislación del Estado que solicita la información.

6 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, OCDE, Julio 2010, pág. 412.

7 Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 207.

8 Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 943-944.

9 La posibilidad de dicha modificación se encuentra expresamente habilitada por el Comentario al modelo de convenio en Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, OCDE, Julio 2010, pág. 412.

Lo anterior cobra especial relevancia en el caso de Uruguay, ya que en el ordenamiento interno uruguayo existen procedimientos específicos tendientes a la obtención de cierta información, información que es muchas veces requerida por los Estados extranjeros. Las disposiciones previstas en el numeral 3 del artículo modelo prevén que Uruguay nunca podría brindar información que se encuentre protegida sin seguir los procedimientos previstos para su obtención. Nos referimos específicamente al procedimiento previsto por el art. 54 de la Ley 18.083 para el levantamiento de secreto bancario en virtud de la solicitud de un Estado extranjero en el marco de un convenio internacional para evitar la doble imposición. Pero más aún, un Estado extranjero no debería realizar un pedido que, de forma preliminar, sabe o conoce que es contrario a la legislación uruguaya. Ni tampoco la administración tributaria uruguaya debería dar curso a dichos tipos de pedidos.

Para dar un ejemplo extremo, un Estado extranjero nunca podría solicitar a Uruguay que le aporte información en virtud de una investigación que se basa en fines religiosos y raciales. Ello sería contrario al orden público interno uruguayo y en caso de recibir una solicitud de dichas características, Uruguay debería rechazarla. El mismo razonamiento es aplicable también a los casos en que la solicitud del Estado extranjero obliga a la Administración Tributaria uruguaya a realizar actos contrarios a su legislación (literal a) del numeral 3 del artículo modelo) o a suministrar información que no se puede obtener bajo la misma (literal b) del numeral 3 del artículo modelo). En los casos en que la solicitud del Estado extranjero implica que la DGI realice éstas prácticas, la DGI debería rechazar la solicitud y no dar curso a la misma. Ésta facultad le fue conferida a la DGI en el artículo 5 del Decreto 313/011, el cual establece que la DGI deberá controlar de forma preliminar la procedencia de la solicitud del Estado extranjero para ver si cumple con los requisitos del convenio o acuerdo.

A nuestro entender, el ejemplo más esclarecedor se da cuando un Estado extranjero, sin conocer la identidad de la persona titular del secreto bancario que se pretende levantar, le solicita a la DGI que le informe cuál es la identidad de dicha persona, aportando para ello un número de una tarjeta bancaria y pretendiendo que la DGI obtenga la identidad de la persona directamente de la institución de intermediación financiera que emitió dicha tarjeta¹⁰. En ésta hipótesis, el Estado extranjero no debería realizar la solicitud y la DGI, en caso de recibirla, debería rechazarla con fundamento en el numeral 3 del artículo modelo comentado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el dar curso a la solicitud realizada por el Estado extranjero no depende únicamente de las administraciones tributarias de los Estados involucrados y que muchas veces no es posible para la DGI rechazar la solicitud realizada por el Estado extranjero.

En este punto, no es posible ampararse en el último numeral del artículo 26 modelo, para defender que la DGI puede obtener la identidad del titular del secreto bancario directamente de la institución de intermediación financiera. Y es que para el caso de Uruguay, el numeral 3 y el numeral 5 del artículo 26 modelo implican un conflicto, ya que si bien Uruguay no podría negarse a brindar información solamente porque ésta obre

10 Para un análisis procesal de dicha situación ver Lapaz, Gastón y Nicola, José María, “¿Hasta dónde llega la protección judicial del secreto bancario en el marco de los procedimientos de intercambio de información tributaria?”, *Revista CADE: profesionales & empresas*, Año 10, Número 44 (abr. 2018), p. 98-106.

en poder de bancos, para obtener la información deber seguir el procedimiento previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083, procedimiento que debe ser respetado en virtud del numeral 3 del artículo 26 modelo. Como establece LOAIZA, ya había una contradicción entre las disposiciones de este artículo y el ordenamiento interno uruguayo desde antes que estuviera previsto el actual procedimiento para el levantamiento del secreto en el artículo 54 de la Ley 18.083¹¹.

2.2 El procedimiento previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083 y sus decretos reglamentarios.

El artículo 54 de la Ley 18.083 establece el procedimiento para el levantamiento de secreto bancario por parte de la DGI en distintas hipótesis. Una de dichas hipótesis es cuando la información es solicitada en el cumplimiento de una solicitud expresa por parte de un Estado extranjero en el marco de convenios internacionales ratificados por Uruguay en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición.

Resulta necesario repasar el marco normativo del procedimiento de levantamiento de secreto bancario en el marco de un acuerdo de intercambio de información o de convenio para evitar la doble imposición. En este sentido, el procedimiento se encuentra previsto por el artículo 54 de la Ley 18.083, el Decreto 282/011 y el Decreto 313/011. Analizaremos los aspectos relevantes de cada una de estas disposiciones.

En primer lugar, cabe determinar cuáles son los requisitos que se deben cumplir bajo el artículo 54 de la Ley 18.083. Vemos que el artículo establece que “La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero...” (El resaltado es nuestro), por lo que cabe preguntarse, cuál es la información que podrá ser solicitada. La respuesta la da el propio artículo 54, al establecer que “También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas (...) solicite en forma expresa y fundada (...) toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas” (El resaltado es nuestro). Ésta frase pertenece al inciso 3 del artículo 54 de la Ley 18.083, en el cual se describe cuáles son los requisitos para el levantamiento del secreto cuando éste es realizado únicamente en el ámbito interno. La referencia a la “misma información” se realiza también en el inciso 3 cuando la solicitud de levantamiento se hace en virtud del requerimiento expreso de un Estado extranjero. Lo anterior lleva a cuestionar si todos los requisitos aplicables a la solicitud que se realiza únicamente en el ámbito interno son también aplicables a la solicitud que se realiza en virtud del requerimiento de un Estado extranjero en el marco de un convenio. Esto es, si cuando el pedido de levantamiento es realizado por una solicitud del Estado extranjero, dicho Estado extranjero deba acreditar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión y siempre que la información solicitada sea necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones.

11 Loaiza Keel, Carlos, El Nuevo Convenio para evitar la Doble Imposición entre España y Uruguay, La Ley, Montevideo, 2011, pág. 67-68.

Al respecto BORDOLLI¹², en posición que compartimos, expresa que “...la respuesta debe ser siempre afirmativa fundado en que la norma aplicable obliga a que estas solicitudes se encuentren fundadas y en el principio de no discriminación que deriva de nuestro sistema constitucional que se vería violado si no se exigieran los mismos requisitos para todas las personas para franquear información de la misma naturaleza y con el mismo objeto (...)”. Jurisprudencia reciente ha adoptado la posición de BORDOLLI, al entender que efectivamente cuando la solicitud es realizada en virtud del requerimiento de un Estado extranjero se deben acreditar los requisitos exigidos para la administración tributaria nacional¹³. Consecuentemente, la solicitud del Estado extranjero y de la DGI debe ser realizada en forma expresa y fundada y se debe acreditar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo. También, la información solicitada debe resultar necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. Vemos que aquí la legislación interna uruguaya se encarga de dejar plasmado lo que comentábamos más arriba en el apartado 2.1, respecto de que la información que se puede solicitar debe ser la “necesaria” y que ya fuera recomendado por ALBACETE¹⁴.

Ahora bien, la expresión “existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión” resulta extremadamente amplia y vaga. Es decir, no surge claramente de la Ley qué significa que existan indicios objetivos que hagan presumir, de una forma razonable, la existencia de evasión por parte del contribuyente. Sin embargo, veremos que dicha expresión no es más que un estándar extremadamente alto para el Estado extranjero y para la DGI, cuya solicitud debe superar un arduo análisis para ser procedente. A este arduo análisis le llamaremos el “triple test” que constará de los siguientes pasos: 1) se debe tratar de indicios objetivos, 2) deben dar lugar a una presunción razonable y 3) la existencia de evasión.

Respecto al paso 1: Se debe tratar de un indicio, el cual puede ser definido como “... un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento que se obtiene de aquel, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de experiencia o en principios científicos o técnicos”¹⁵. Siguiendo a TARIGO, un indicio “...puede ser cualquier hecho —material, humano, físico, psíquico, simple, compuesto, etc.— cualquier acaecimiento, siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio para llegar, mediante una operación mental, lógico-crítica, al conocimiento de otro hecho que constituye el objeto de la prueba, el hecho a probar. Como señala Dellepiane, indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido —o mejor dicho debidamente comprobado— susceptible de llevarnos, por vía inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”¹⁶. Además, dicho indicio debe ser objetivo. En este caso la objetividad del indicio puede ser definida como el hecho de que cualquier tercero independiente que analice el indicio entendería también que se trata

12 Bordolli, José Carlos, “El Intercambio de Información en el Convenio Uruguay-Argentina”, Revista Tributaria No. 237, IUET, Montevideo, pág. 1047.

13 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, SEI-0009-000061/2015 del 16 de setiembre de 2015, BJN.

14 Albacete, Juan Manuel, “Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias (Art. 26 del Modelo OCDE)”, Reflexión en Torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición, coord. Mazz, Addy y Pistone, Pasquale, FCU, Montevideo, 2010, págs. 207.

15 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, Sentencia No. 139/2006 de 24 de mayo de 2006, BJN.

16 Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 151.

de un indicio que tiene la potencialidad de dar lugar a una presunción razonable de la existencia de evasión. Utilizamos la expresión “potencial” ya que no alcanza solamente con que exista un indicio objetivo, sino que se deben cumplir también los pasos 2 y 3 del triple test.

Respecto al paso 2: Debe dar lugar a una presunción razonable. Nuevamente, siguiendo a TARIGO, una prueba por presunción “...es aquella prueba que emplea o utiliza un cierto acaecimiento (hecho o acto) para convencer al tribunal acerca de la verdad o falsedad de un determinado dato procesal”¹⁷. En este caso, el hecho o acto que sería objeto de presunción sería el indicio objetivo mencionado en el paso 1 del triple test. Entendemos que nos encontramos ante una presunción de carácter judicial¹⁸, en los términos del artículo 1605 del Código Civil, el cual establece: “Las presunciones *judiciales* o que no se han establecido por la ley, quedan confiadas a las luces y a la prudencia del magistrado, que no debe admitir sino las que sean *graves*”. Éste artículo no solamente aclara quién es el encargado de determinar si se cumple o no con el triple test, a lo que nos referiremos más adelante, sino también nos indica cuál debe ser el estándar para evaluar esta presunción: la “gravedad”. Es decir, que no debe tratarse de cualquier presunción, sino que debe ser grave. Siguiendo a PEIRANO FACIO, entendemos por presunción grave aquella especial, aquella presunción “...de carácter serio, de carácter fundado”¹⁹. Es decir, es una presunción importante²⁰. En cuanto a la razonabilidad de la presunción, entendemos que se trata de una presunción que debe estar dotada de razón, que debe ser proporcional y adecuada a lo que se pretende probar.

Por último, el paso 3: los indicios objetivos que dan lugar a la presunción razonable deben concluir, de forma relativa esto es que admite prueba en contrario, que existe una evasión. Por evasión entendemos como enseñaba VALDÉS COSTA, que “Para que se configure evasión, es indispensable –como dice Araújo Falcao– que haya una distorsión de la forma jurídica, una atipicidad o anormalidad de ésta frente a la relación que se exterioriza mediante aquélla”²¹. Por su parte, BONET²² entiende que la evasión es el “uso de instrumentos, normas de cobertura, opacidad tributaria u otros medios para, en violación de la ley, lograr una menor tributación o diferir en el tiempo la misma” y ROSSETTO²³ que se puede definir como la “eliminación o reducción” de un adeudo tributario por parte de su contribuyente a través de una conducta violatoria de la ley.

17 Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 147.

18 Para concepto de presunción judicial ver Tarigo, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, Tomo II, 5ª Edición, FCU, Montevideo, 2012, pág. 152. Entiende que la presunción judicial es el razonamiento que lleva a cabo el Juez para llegar a una conclusión.

19 Peirano Facio, Jorge, Curso de Obligaciones, Tomo V, Prueba de las Obligaciones, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1964, pág. 227.

20 Puede verse sobre el concepto de presunción “grave” la Suprema Corte de Justicia en Sentencia de 418/1997 de fecha 17 de diciembre de 2017, BJN, en la cual se entendió que rehusarse a realizar un examen de histocompatibilidad no constituye una presunción grave. También puede verse Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo IV, Las funciones procesales, FCU, Montevideo, 2014 pág. 131.

21 Valdés Costa, Ramón, Curso de Derecho Tributario, BdeF, Buenos Aires, 2015, pág. 325. También puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal de los Contencioso Administrativo 125/2014 de fecha 27 de marzo de 2014.

22 Bonet, Juan, “La evolución de la planificación fiscal en la fiscalidad internacional actual. Reacciones y el análisis de las medidas antiabuso en los CDIs”, Revista Tributaria No. 242, IUET, Montevideo, 2014, pág. 769.

23 Rossetto, Jorge, “La evasión y la elusión tributaria. El límite entre lo lícito y lo ilícito”, Boletín de Informaciones y Comentarios Útiles a la Empresa, 1989, Pág. 3.

A nuestro entender, la evasión fiscal consta de cualquier tipo de práctica que sea contraria a la ley, mediante la cual se logre evitar, disminuir o dilatar la tributación.

En conclusión, para que un Estado extranjero y la DGI triunfen en su solicitud de información deben superar el triple test, el cual consta de probar indicios objetivos que den lugar a una presunción grave y razonable que permita concluir la existencia de evasión por parte del contribuyente titular de la información que se solicita.

Quedando establecido que el Estado extranjero debe acreditar los requisitos exigidos por el artículo 54 de la Ley 18.083, cabe dejar en claro que quien debe realizar el control sobre el cumplimiento de estos requisitos es el Juez que entiende en el asunto. Ello surge del artículo 1605 del Código Civil, en tanto al tener que dilucidarse si existe una presunción judicial, el único habilitado para hacerlo puede ser el Juez. En efecto, es el Juez quien tiene y debe decidir si el Estado extranjero y la DGI han cumplido con los requisitos exigidos por la Ley y no alcanza con que la DGI alegue haber controlado la solicitud realizada por el Estado extranjero²⁴. A este respecto compartimos la posición de COSTA²⁵, quien entiende que “...será el Juez Civil quién tendrá que examinar y controlar si el pedido de la Administración contiene lo que la norma exige, y lo debe hacer de una forma exhaustiva y no meramente sumaria, ya que, como está habilitando la limitación de un derecho humano, la interpretación restrictiva se impone”. De otra manera, el Juez se vería transformado en un mero homologador de lo que dispone la DGI, perdiendo toda incidencia en el juico y desnaturalizando su función intrínseca: ser un tercero imparcial e independiente que debe juzgar y decidir acorde a derecho.

Asimismo, surge del artículo 54 de la Ley 18.083 que la solicitud del Estado extranjero debe ser expresa y fundada y que se deben indicar todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Es decir, debe fundamentarse por parte del Estado extranjero la razón por la cual se solicita la información y dicha fundamentación debe a su vez justificar el levantamiento.

Se trata de requisitos fuertes y estándares muy altos que deben ser cumplidos por el Estado extranjero y por la DGI para el levantamiento del secreto. Y ello en atención a que en dicho levantamiento están en juego derechos constitucionales del contribuyente, tales como la seguridad, el derecho a la intimidad y el debido proceso.

2.3 Los Decretos 282/011 y 313/011.

Corresponde abordar ahora algunos aspectos relativos al procedimiento presentes en los decretos mencionados. En primer lugar, el plazo previsto en el artículo 9 del Decreto 282/011.

24 Dicho argumento ha sido esgrimido por la DGI, intentando evitar que el Juez realice el control sobre la solicitud realizada por el Estado extranjero. Al respecto ver la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil, SEI-0009-000061/2015 del 16 de setiembre de 2015, BJN. En dicha Sentencia el Tribunal adoptó la solución contraria estableciendo que: “Surge de la Ley 18.718 que el Juez no es un mero homologador o transmisor de la decisión de la D.G.I. ¿Qué sentido tiene regular que la D.G.I. debe solicitar al juzgado competente el levantamiento del secreto bancario si como parece entenderlo la recurrente, el juez no puede controlar nada? Si fuera así su rol sería solo el de librar el oficio al Banco Central”.

25 Costa, Leonardo, “Nuevas normas sobre secreto bancario en Uruguay”, La Justicia Uruguaya, Cita Online: UY/DOC/548/2010.

El Decreto 282/011 regula el procedimiento que se debe seguir para poder iniciar el proceso incidental innominado de levantamiento de secreto bancario previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083. Éste decreto prevé en su artículo 2 que en forma previa a solicitar el levantamiento en sede judicial, la DGI debe solicitar a los contribuyentes su autorización voluntaria, la cual debe ser expresa y por escrito. Al realizar ésta solicitud se le debe otorgar al contribuyente una vista previa de 5 días hábiles de los motivos del requerimiento de información. Cabe aclarar que cuando el artículo 2 del Decreto 282/011 hace referencia a la *“solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial”*, se refiere a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 18.083 en la redacción dada por la Ley 18.718, esto es a la solicitud en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil. Ello no puede significar otra cosa que la propia interposición de la demanda incidental ante la Sede competente.

En esta línea, el artículo 3 del mencionada Decreto establece: *“Dentro de los cinco días hábiles de notificado, el contribuyente podrá otorgar la autorización a que refiere el artículo segundo del presente Decreto”*. Y finalmente el artículo 9 del Decreto 282/011 dispone: *“Vencido el plazo previsto en el inciso primero del artículo tercero del presente decreto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial, en los términos establecidos por los incisos tercero y siguientes del artículo 54 de la Ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, con la redacción dada por el artículo 15 de la Ley N° 18.718, de 24 de diciembre de 2010. En caso que la referida solicitud se realice en el marco del cumplimiento de convenios internacionales, **la Dirección General Impositiva dispondrá de un plazo de diez días hábiles para su formulación**”* (Los resaltados son nuestros).

En consecuencia, según el artículo 9 citado, si el contribuyente no releva el secreto y no efectúa descargos en los 5 días hábiles previstos en el artículo 3 del Decreto 282/011, la DGI contará con un plazo de 10 días hábiles para formular la demanda. Éste plazo de 10 días hábiles con el que cuenta la DGI es sumamente importante pero a la misma vez presenta cierta incertidumbre. Esto es: ¿Qué sucede si la DGI no “formula” la demanda ante la Sede Judicial competente en el plazo de 10 días previsto? Adelantamos que nuestra posición es que la oportunidad que la DGI tiene para dicha presentación precluye.

Para ello debemos dejar en claro cómo se realiza el cómputo de éste plazo. Vemos que los 10 días hábiles para formular la demanda comienzan a correr luego de que vencen los 5 días hábiles con los que cuenta el contribuyente para otorgar la autorización voluntaria. A su vez, éstos 5 días hábiles comienzan a correr desde el día en que se notifica al contribuyente sobre la solicitud de levantamiento voluntario. Por lo tanto, el cómputo de todos los plazos sería el siguiente: i) una vez notificado el contribuyente de la solicitud de levantamiento voluntario comienza a correr un plazo de 5 días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente al día en que fuera notificado el contribuyente; y ii) Finalizado el quinto día hábil, comienza a correr el plazo de 10 días hábiles con los que cuenta la DGI para formular, contados a partir del día hábil siguiente al quinto día hábil del contribuyente. En definitiva, 15 días hábiles luego de notificado el contribuyente de la solicitud de levantamiento voluntario.

Determinado el cómputo, corresponde abordar la naturaleza del plazo de 10 días del

artículo 9 mencionado. Entendemos que la función de este plazo es garantizar la celeridad en la actuación administrativa ante un pedido de información por parte de un Estado extranjero. Pero también, y más importantes, por razones de seguridad jurídica, en este caso del contribuyente. La intención de la norma no es solamente que el intercambio sea rápido, sino también que la Administración no solicite el relevamiento voluntario del secreto bancario -y luego que quede a su arbitrio sin vencimiento- el derecho de interponer la demanda incidental ante el Poder Judicial. Por lo tanto, si la DGI incumple con éste plazo de 10 días, entonces su demanda deberá ser rechazada por ser extemporánea. Así se ha expresado el Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno en su Sentencia N° 186/2016²⁶ al decir: “(...) la DGI al haber efectuado la notificación al contribuyente con fecha 24 de setiembre de 2015 (...), y luego de transcurrido el plazo de cinco días hábiles de que gozaba el mismo para otorgar la autorización a que refiere el art. 2° del Decreto N° 282/011 (...), disponía de un plazo de diez días hábiles para la formulación de la solicitud judicial de levantamiento del secreto bancario (art. 9), plazo que venció con fecha 16 de octubre de 2015. Consecuentemente, es dable destacar que a la fecha de emisión de la Resolución de DGI N° 4499/2015 de fecha 18/11/2015 (...), por el cual se resuelve solicitar el levantamiento judicial del secreto bancario de XXX, el plazo establecido en la norma de referencia había acaecido. Correspondiendo la misma conclusión de estarse a la fecha de presentación de la demanda incidental en Sede Judicial (...)”. Remata la Sentencia 186/2016 diciendo: “Por lo cual, puede estimarse que la demanda formulada lo fue en forma extemporánea. Extremo que necesariamente lleva a desestimar la misma” (El resaltado es nuestro).

El plazo de 10 días hábiles verdaderamente constituye un plazo que la DGI debe cumplir, tanto para dar celeridad y agilidad al procedimiento de solicitud –protegiendo los derechos del Estado extranjero–, como para proteger los derechos y la seguridad jurídica del contribuyente demandado, para que se asegure que la DGI no va a tener el derecho de realizar la demanda de levantamiento para siempre.

Ahora bien, surge un punto que entendemos es relevante abordar. Esto es, cuál es el significado de la palabra “formular” en el artículo 9 del Decreto. Ello ya que dicho significado puede significar la diferencia entre que la demanda sea considerada o no como extemporánea. La parte final del artículo 9 del Decreto 282/011 dice: “En caso que la referida solicitud se realice en el marco del cumplimiento de convenios internacionales, la Dirección General Impositiva dispondrá de un plazo de diez días hábiles para su formulación” (El resaltado es nuestro). Entonces, la cuestión radica en determinar cuándo está formulada la demanda por parte de la DGI.

Entendemos que la respuesta la da el propio artículo 9 en la frase anterior a la recién citada. Esto es, al decir: “Vencido el plazo previsto en el inciso primero del artículo tercero del presente decreto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial, en los términos establecidos (...)” (El resaltado es nuestro). Es decir que la formulación de la solicitud se debe realizar ante la Sede Judicial. Por ende, la formulación ocurre cuando se presenta la demanda en el Juzgado.

26 Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 186/2016 de fecha 21 de junio de 2016, BJN.

Lo anterior es relevante porque un posible contraargumento a nuestra posición sería decir que la formulación de la solicitud ocurre cuando la DGI resuelve solicitar el levantamiento del secreto en vía judicial. Sin embargo, dicho argumento no resiste el menor análisis. Éste contraargumento y su interpretación solo tendrían sentido si luego de vencido el plazo de 5 días hábiles que el contribuyente tiene para la autorización voluntaria, la DGI tuviera que analizar o decidir si realizar la solicitud del levantamiento frente al Juez. En esa hipótesis el Poder Ejecutivo le estaría poniendo un plazo a la DGI para que tome esa decisión y por lo tanto sería coherente que la “formulación” fuera la Resolución de la DGI decidiendo acudir a la justicia. Pero de acuerdo a la normativa vigente, la DGI no debe analizar o decidir nada luego de que vencen los 5 días hábiles que el contribuyente tiene, porque ya ha decidido dar curso a la solicitud realizada por el Estado extranjero.

Es entonces que no tiene sentido que la “formulación” ocurra cuando la DGI resuelve solicitar el levantamiento ante el Juez. Ya que la DGI no debe decidir nada en esos 10 días hábiles con los que cuenta, solamente debe presentar la demanda. Es por ello que entendemos que la “formulación” de la solicitud ocurre con la presentación de la demanda ante el Juzgado competente, lo que surge de la interpretación armónica y conjunta de los términos utilizados por artículo 9 del Decreto 282/011, ya señalada arriba.

Asimismo, y como nos hemos expresado en otra oportunidad²⁷, entendemos que el plazo de 10 días hábiles previsto en el artículo 9 del Decreto 282/011 es un requisito de procedibilidad que la DGI debe cumplir a los efectos de que se le dé curso a su demanda. Ello por cuanto, el plazo es impuesto por un Decreto que obliga a la Administración a cumplir con el mismo.

Al respecto vale referir a las conceptualizaciones de ABAL OLIÚ, que establece que: *“Dentro de los requisitos propiamente “procesales” que deben reunir los actos procesales encontramos, en primer término, aquellos que se ha dado en denominar requisitos procesales “de forma” (o “formales”). Intentando acercarnos a su concepto puedo decir que los requisitos procesales formales consisten en circunstancias de orden formal, sin cuyo cumplimiento no es posible ingresar al control del cumplimiento del requisito procesal de “fundabilidad” que también debe tener el acto procesal”*²⁸. Continúa ABAL OLIÚ al decir: *“Estando concebido el proceso jurisdiccional como una sucesión de actos, en general el Derecho Procesal prevé en que “momento”, precisamente determinado, debe realizarse cada uno de ellos, al punto de que si el acto se realiza fuera de ese preciso momento normalmente será rechazado (en virtud de operarse la llamada “preclusión)”*²⁹. Y agrega que: *“Recordando el concepto ya brindado de plazo procesal (“período de tiempo comprendido entre dos momentos, el último de los cuales se denomina término”), puedo señalar que la generalidad de los actos procesales de los interesados principales (...) requieren para ser procesalmente admisibles que hayan sido realizados dentro de ciertos “plazos”*³⁰.

27 Lapaz, Gastón y Nicola, José María, “¿Hasta dónde llega la protección judicial del secreto bancario en el marco de los procedimientos de intercambio de información tributaria?”, Revista CADE: profesionales & empresas, Año 10, Número 44 (abr. 2018), p. 98-106.

28 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU, Montevideo, 2015, pág. 44.

29 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU, Montevideo, 2015, pág. 54.

30 Abal Oliú, Alejandro, Derecho Procesal, Tomo III. Los Actos Procesales. Las Funciones Procesales, 4ta Edición, FCU,

Existe entonces un “momento” que fue determinado por la propia Administración, que establece que un determinado acto procesal (la presentación de la demanda incidental) debe ser efectuado dentro de un plazo. Y por tanto, lógicamente si el acto en cuestión se efectiviza fuera de ese momento el acto debe ser rechazado.

Siguiendo a COUTURE, incumplir un presupuesto procesal implica la pérdida de la pretensión procesal. Establece este autor que: *“La pretensión procesal es, como ya se ha visto, la autoatribución de un derecho y la petición de que sea tutelado. Los presupuestos procesales de esa pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, como en la posibilidad de ejercerlo. Así, por ejemplo, si ha habido caducidad del derecho; o no se ha agotado la vía administrativa; o el pretensor aduce su propia falta, en contravención al precepto nemo auditur propriam turpitudinem allegans; la pretensión no puede prosperar (...) Lo que está en juego es la inadmisibilidad de la pretensión”*³¹.

En conclusión, la intención de esta norma es que la Administración no solicite el relevamiento voluntario del secreto bancario, y que luego que quede a su solo arbitrio cuándo interponer la demanda incidental ante el Poder Judicial para el levantamiento del secreto bancario. Por ello, en caso que este término transcurra, la demanda de la DGI debe rechazarse.

3. LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y SU RECIENTE JURISPRUDENCIA.

3.1 El Secreto Bancario.

El secreto, ya no el bancario sino en forma general, importa para cada profesión, cualquiera sea ésta, un requisito fundamental e indispensable. Como decía ALBANELL MAC-COLL³², existen ciertas profesiones que no pueden concebirse sin la existencia de un secreto que proteja la relación que dicho profesional mantiene con determinados individuos. No es posible concebir profesiones como la de un abogado, un médico o un contador sin que exista entre estos individuos y sus clientes o pacientes, una extrema reserva. Ello porque son profesiones que involucran relaciones, conversaciones, comunicaciones e informaciones que son reveladas en un ámbito de extrema reserva y confianza. Lo mismo acontece en el caso del banquero.

A decir de ALBANELL MAC-COLL *“existe, en materia bancaria, una larga tradición de discreción para sus operaciones, aun antes de toda reglamentación u apoyo legal. La motivación de esta regla de discreción, dice Henrion, parece haber variado curiosamente en el tiempo...”*³³. Dicha tradición tiene larga data también en el Uruguay, ya que el secreto bancario fue instaurado por vía legal por primera vez mediante el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 de fecha 23 de setiembre de 1982. A partir de dicho artículo todas las instituciones de intermediación financiera se vieron obligadas a guardar este secreto, viéndose sujetos a graves consecuencias de carácter civil, penal y administrativo en caso de incumpli-

Montevideo, 2015, pág. 80.

31 Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ª Edición, BdeF, Montevideo, 2007, p. 86.

32 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

33 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

miento. La obligación de guardar secreto bancario, entendida por la Suprema Corte de Justicia, era que no podía revelarse ni el más mínimo dato³⁴.

Siguiendo nuevamente a ALBANELL MAC-COLL, “...el secreto debido por el banco es un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su cliente”³⁵. Mucho se discutió sobre el alcance del secreto bancario en el Uruguay, sobre todo respecto de si el secreto alcanzaba únicamente a las operaciones pasivas del banco o si también a las activas³⁶. Dichas discusiones se vieron saldadas por la Ley 17.948 que en su artículo 1 aclaró que el artículo 25 alcanzaba únicamente a las operaciones pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera. Como indica PÉREZ BENECH³⁷, esta aclaración se realiza a los efectos de lograr una transparencia en el crédito y de lograr una gestión eficiente en el riesgo crediticio. Ello cobra sentido cuando nos paramos en el lugar de un potencial prestador que evalúa otorgar un crédito a un sujeto. Sería prácticamente imposible para ese futuro acreedor acceder a la información necesaria para determinar si otorgará o no ese crédito. Las consecuencias de ello serían devastadoras para nuestra economía, ya que se estaría restringiendo o dificultando el acceso al crédito mediante el desincentivo de herramientas y facilidades para los otorgadores de esos créditos³⁸.

Sin embargo, lo que es claro y no tiene lugar a discusión al día de hoy, es que dicho secreto bancario es también oponible a la Administración Tributaria. Como enseña VALDÉS COSTA³⁹, el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 derogó el inciso 2) del literal E) del artículo 68 del Código Tributario. Recordemos que el artículo 68 del Código Tributario establece cuáles son las facultades de investigación y fiscalización de la Administración. El literal E) dispone que la Administración podrá requerir a terceros informaciones respecto de los contribuyentes que esté investigando y fiscalizando. En la práctica ello suele verse cuando un sujeto A está siendo investigado por la Administración, y haciendo uso de esta facultad la Administración le solicita a B, que es contraparte de A en ciertas operaciones, que le provea de cierta información, como ser facturas, volumen de ventas, entre otros datos. El inciso 2) hoy derogado establecía que “*Los Bancos oficiales y privados, las cajas bancarias, las cajas populares, y as sociedades financieras, están obligados a franquear a los funcionarios de la Dirección General Impositiva o de los organismos correspondientes, debidamente autorizados, los libros y comprobantes de contabilidad, proporcionando todas las informaciones que se les requiera sin excepción alguna, a cuyos efectos no registrará el secreto bancario*”.

34 Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 430/1995 de fecha 2 de agosto de 1995, BJN.

35 Albanell Mac-Coll, Eduardo, “Secreto Bancario”, La Justicia Uruguaya, Tomo 51, pág. 139 y ss.

36 A este respecto puede verse Creimer, Israel, “El secreto profesional, el secreto bancario y la actividad financiera”, Secreto Bancario en el Uruguay, Cámara de Entidades Financieras, FCU, Montevideo, 1995, págs. 11 y ss.

37 Pérez Benech, Viviana, “La Nueva Regulación sobre Secreto Bancario en la Ley N° 17.948”, Revista de la Universidad de Montevideo, Año VII, 2008, N° 14, Montevideo, pág. 111.

38 En este sentido, un prestador se vería desincentivado a otorgar un crédito si no posee la información necesaria para evaluar la capacidad de repago de su deudor. No poder acceder a información respecto de la situación crediticia de ese deudor, provocaría que el potencial acreedor no quiera otorgar el crédito o, si lo hace, otorgarlo a un costo más caro, esto es, mediante una tasa de interés más alta. Para mayores desarrollos sobre el rol del crédito en la economía moderna puede verse De Cores, Carlos, Introducción al Derecho de los Servicios Financieros, La Ley, Montevideo, 2009, pág. 9 y ss.

39 Valdés Costa, Ramón, et. al., Código Tributario de la República Oriental del Uruguay Comentado y Concordado, 5ta Edición, FCU, Montevideo, 2013, pág. 444.

Dicha derogación es prueba de que el secreto bancario es también oponible a la Administración.

No obstante, debe tenerse en cuenta el artículo 55 de la Ley 18.083 de Reforma Tributaria que establece que para las instituciones de intermediación financiera no regirá el secreto bancario frente a la Dirección General Impositiva respecto de sus propias obligaciones como contribuyentes. Es decir, para las obligaciones tributarias que las instituciones de intermediación financiera tienen por ser contribuyentes, no regirá el secreto bancario sobre la información que pueda solicitar la DGI.

3.2 La titularidad del Secreto Bancario.

Corresponde ahora sí entrar en el tema que más ha estado presente en la jurisprudencia reciente, y es determinar quién es el verdadero titular del secreto bancario que protege el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322. Dicha interrogante se plantea respecto de reciente jurisprudencia sobre el levantamiento del secreto en los casos en que la DGI, a solicitud de un Estado extranjero, demanda directamente a la institución de intermediación financiera aportando únicamente el número de tarjeta bancaria del contribuyente en cuestión, solicitándole a la institución de intermediación financiera que le provea la identidad del contribuyente⁴⁰.

Es relevante determinar quién es el titular del secreto bancario, ya que ello determinará si las instituciones de intermediación financiera pueden ser demandadas por la DGI en el procedimiento de levantamiento de secreto bancario previsto en el artículo 54 de la Ley 18.083. Recordemos que el inciso 4 del artículo 54 establece: *“En el caso del inciso precedente, el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información”* (El resaltado es nuestro). Por lo que resulta necesario saber quién es el titular de la información para saber a quién se deberá demandar por el levantamiento del secreto bancario.

Desde ya advertimos que nuestra opinión es que no es procedente realizar el proceso judicial de levantamiento de secreto bancario frente a la institución de intermediación financiera en donde el contribuyente tiene sus cuentas o valores. La respuesta la otorga la interpretación armónica del artículo 54 de la Ley 18.083, el cual en su octavo inciso establece que en el caso del levantamiento de secreto por solicitud de un Estado extranjero, el Banco Central del Uruguay será el que cumpla la orden del juzgado de solicitar la información. El Banco Central del Uruguay deberá solicitar a las *“...empresas referidas en los artículos 1° y 2° del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982...”* que proporcionen la información. Lo que significa que no puede la DGI solicitar la información a la institución de intermediación financiera de forma directa, sino que debe realizar el proceso frente al titular del secreto, esto es el contribuyente que tiene sus cuentas o tarjetas en la institución de intermediación financiera.

40 Al respecto, pueden verse las siguientes sentencias: Juzgado Letrado en lo Civil de 1° Turno, Sentencia N° 2492/2017 de fecha 24 de octubre de 2017, Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 186/2016 de fecha 21 de junio de 2016, Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 2560/2016 de fecha 23 de agosto de 2016, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, Sentencia N° SEI-0009-000061/2015 de fecha 16 de setiembre de 2015, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017.

Nuestra posición tiene también sustento legal en la Ley 18.331 de Protección de Datos Personales y su definición de “titular de la información”. El artículo de esta ley establece que el titular de los datos es la “*persona cuyos datos sean objeto de un tratamiento incluido dentro del ámbito de acción de la presente ley*”. Obviando la referencia al tratamiento de los datos bajo la presente ley, que claramente no es aplicable, nos interesa remarcar la referencia a la frase “cuyos datos” que indica que el titular de los datos es la persona que tiene el dominio sobre el dato.

Por otra parte, CERVINI, entiende que el secreto bancario reposa originalmente en proteger la intimidad de la persona que confía al banquero un sector concreto de su intimidad⁴¹. Es decir, que el titular, el dueño, de la información que mantiene y guarda el banquero, es el contribuyente y no la institución de intermediación financiera. El propietario de esa información es el contribuyente ya que se trata de fondos de su propiedad, valores de sus propiedad y tarjetas bancarias de su uso. Cabe realizar una aclaración en este punto y es que debemos partir de la base de que el titular de la información y por ende el titular del secreto bancario, es siempre el titular de la cuenta bancaria en la institución de intermediación financiera. Ello porque puede ocurrir que existan fondos que son en principio propiedad de una persona distinta a la que figura como titular de la cuenta bancaria o de la tarjeta bancaria. Pero ni la institución de intermediación financiera ni la Administración Tributaria pueden determinar dicha cuestión, que restará a las partes involucradas. Es por ello que debemos tomar el único parámetro objetivo sobre quién es el titular de la información y esto es la persona física o jurídica que figure o figuren como titular o co-titulares de la cuenta.

Como explica OLIVERA GARCÍA⁴², las instituciones de intermediación financiera son los sujetos pasivos de la obligación de guardar secreto bancario impuesta por el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322. Son las empresas obligadas a cumplir con el secreto, pero no puede nunca entenderse que son las titulares.

En este sentido se expresó el Tribunal de Apelaciones de 6° Turno, en un caso idéntico a la hipótesis descrita en este capítulo, diciendo que: “*No se siguió el procedimiento con dicha persona, desconociéndose quien es ésta. El artículo anteriormente referido es claro en cuanto exige para levantar el secreto bancario ante un Juzgado Letrado con competencia en materia civil, por un lado que se trate “de personas físicas o jurídicas determinadas” (inciso 3) y por otro lado, dispone que el proceso judicial se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información (inciso 4)*”⁴³.

También así se expresó el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8° Turno nuevamente en un caso idéntico a la hipótesis descrita en este capítulo, entendiendo que: “*...lo que se pretende es la obtención de un dato esencial (cuál es el nombre de la persona titular de la tarjeta de débito) al efectos de poder iniciar el referido proceso de levantamiento del secreto bancario. Por ello, compartiendo lo expresado por la parte demandada, se advierte que lo pre-*

41 Cervini, Raúl, “Alcances del Secreto Bancario en el Uruguay”, Secreto Bancario en el Uruguay, Cámara de Entidades Financieras, FCU, Montevideo, 1995, pág. 28.

42 Olivera García, Ricardo, Cuestiones de Derecho Bancario, FCU, Montevideo, 2015, pág. 66.

43 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, BJNI.

tendido supone en forma oblicua que se esté verificando el levantamiento del secreto bancario”⁴⁴.

La doctrina es conteste en que el proceso se debe seguir con la persona física o jurídica titular de la información. Así se expresan por ejemplo LOAIZA⁴⁵ y ALBACETE y ERMOGLIO⁴⁶.

En consecuencia, las instituciones de intermediación financiera carecen de legitimación pasiva para entender en el proceso judicial de levantamiento de secreto bancario porque no son las titulares de la información. Obligar a un banco a entregar información bajo este procedimiento implicaría violar el secreto bancario.

3.3 Los elementos que permitan identificar al titular.

Corresponde ahora abordar un punto que surge del Decreto 313/011. Esto es si alcanza que el Estado extranjero aporte, como sucedió en la jurisprudencia mencionada, solamente el número de tarjeta bancaria utilizado por el contribuyente. O si debe brindar datos más específicos para poder identificar al titular.

En este sentido, el artículo 54 de la Ley 18.083 establece que la información que se puede solicitar es la relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas “determinadas”. Esto abre la interrogante de qué significa que una persona sea determinada. Según la Real Academia Española la palabra determinada proviene del verbo determinar, que significa “Señalar o indicar algo con claridad o exactitud”⁴⁷. Por lo tanto, tanto el Estado extranjero como la DGI solo podrían solicitar información relativa a las operaciones bancarias de las personas físicas o jurídicas cuya identidad logren señalar o indicar con claridad o exactitud. Desde ya advertimos que aportar el número de una tarjeta bancaria no es señalar o indicar con exactitud la identidad de una persona.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 313/011, en solución que entendemos violatoria del principio de legalidad, establece que: “...*Dirección General Impositiva (...) Observará especialmente que la misma contenga como mínimo la siguiente información: a) elementos que permitan la identificación de las personas o entidades que están siendo examinadas o investigadas en el Estado requirente...*”. Dicho artículo viene a bajar el estándar con el que el Estado extranjero y la Administración deben cumplir para solicitar la información. Según la Ley en Uruguay para obtener el levantamiento de secreto bancario debe solicitarse información de una persona determinada, indicando con exactitud su identidad. Modificar por vía de decreto algo establecido por la ley no resulta adecuado.

En los antecedentes jurisprudenciales mencionados se ha intentado mediante este artículo 5 argumentar que el número de tarjeta bancaria constituye un elemento que permite determinar la identificación de la persona. Sin embargo, dicho argumento esca-

44 Juzgado Letrado en lo Civil de 8° Turno, Sentencia N° 2560/2016 de fecha 23 de agosto de 2016, BJN.

45 Loaiza Keel, Carlos, El Nuevo Convenio para evitar la Doble Imposición entre España y Uruguay, La Ley, Montevideo, 2011, pág. 67-68.

46 Albacete, Juan Manuel y Ermoglio, Enrique, “Convenios para evitar la doble imposición internacional. Aspectos específicos. Intercambio de información”, Revista Tributaria No. 219, IUET, Montevideo, pág. 943-944.

47 “Determinar”, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

pa al hecho de que identificar a la persona mediante el número de tarjeta bancaria sería violatorio del secreto bancario y por lo tanto ese dato no puede ser tomado en cuenta para identificar a la persona. En este sentido, no caben dudas de que el único que posee la información en estos casos es la institución de intermediación financiera. Pero la misma se encuentra protegida por el secreto bancario y solamente puede ser revelada en los supuestos previstos en la ley.

Una interpretación razonable del artículo 5 del Decreto 313/011 demuestra que los “elementos que permitan identificar al titular” no comprenden datos que se encuentren protegidos por la Ley y que un Decreto nunca podría obligar a brindar. En efecto, el nombre del titular de una cuenta bancaria que es un dato protegido por el Secreto Bancario y Profesional, por lo que mal puede pretenderse que para identificar al titular del secreto la institución de intermediación financiera deba proveer de su nombre.

Así se expresó el Tribunal de Apelaciones de 6° Turno en uno de los casos mencionados, diciendo que: *“Tampoco se ha cumplido con los requisitos exigidos en el art. 5° del Decreto N° 313/2011 (...) conforme al cual, recibida una solicitud de intercambio de información, la D.G.I. (...) observará que contenga como mínimo la información que detalla, entre ellos “elementos que permitan la identificación de las personas o entidades que están siendo examinadas o investigadas en el Estado requirente.” Esta información no la proporciona el Reino de España; es claro que no aporta elementos que permitan la identificación de la persona o entidad que está siendo investigada. No conoce la identidad, no proporciona a la D.G.I. los elementos que permitan identificarla y tal es así que ésta no sabe de quién se trata y pretende que el Banco XXXX le proporcione dicha información, la cual como acertadamente manifiesta la demandada y lo reconoce la propia sentenciante de primera instancia, está amparada en el secreto bancario”*⁴⁸.

En conclusión, por más de que parezca lógico o razonable exigirle a las instituciones de intermediación financiera que entreguen la identidad del titular de la información en estos casos, la realidad es que actualmente el ordenamiento jurídico uruguayo no permite que se levante el secreto bancario de esta forma.

48 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia CED-0006-000850/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, BJN.